

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Saulo de Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-618-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas se consolida cada vez mais como ambiente de interlocução dos estudiosos e pesquisadores do tema, bem como de atualização do ‘estado da arte’ do debate jurídico-científico brasileiro acerca de questões altamente relevantes. Dentre essas questões, estão presente nesta edição temas referentes à regulação, à crítica jurídica e à efetivação das seguintes políticas públicas: política habitacional; política de proteção da infância e juventude, políticas penitenciárias e de sistema prisional, políticas para pessoas com deficiência, políticas para o combate à desigualdade de gênero e às diversas formas de violência contra a mulher, política fiscal e sua repercussão sobre políticas sociais, política de saúde; e políticas de combate ao trabalho escravo.

Quanto ao tema das políticas habitacionais e de acesso à moradia, destaca-se o interessante trabalho de Letícia Delgado e Ássima Gasella, que promove um estudo de caso referente à implementação de um programa habitacional em município de Minas Gerais e a relação, paradoxal, da implementação deste com a instalação de um ambiente de altos índices de violência e da criminalidade no local.

Na sequência, tem-se o trabalho sobre o programa de formação continuada de conselheiros tutelares, promovido Manaus-AM, pela ordem dos advogados, em que Thandra Sena e Anderson Silva apresentam e analisam os resultados dessa iniciativa, referentes aos anos de 2016 e 2017.

O trabalho de Nayara Silva e Mariana Carvalho também versa sobre o tema das políticas para a criança e o adolescente, enfocando o debate na discussão do julgado do STF que analisou a possibilidade de cumprimento domiciliar de pena, em situações necessárias para proteger crianças em seus primeiros anos de vida, em consonância com os princípios do estatuto da primeira infância.

Já sobre o tema das políticas para a promoção do direito à educação, o trabalho de Marcella Brito e Alexandre Silva trata da relação entre o sistema federativo brasileiro e a efetividade das políticas públicas de educação no país. Partindo de referenciais como Sen e Nusbaum, busca-se discutir a relação entre igualdade e desenvolvimento.

Transitando para o tema das relações étnico-raciais e das políticas afirmativas nesta seara, o trabalho de Fabio Hirsch e Lazaro Borges discute os atuais instrumentos e experiências de definição e verificação racial no âmbito dos concursos público, para fim de aplicação das políticas de cotas, centrando-se notadamente no trabalho da comissões destinadas a esse fim.

Já o trabalho de Jorge Galli e Claudio Bahia incide no tangenciamento de duas políticas públicas: a política penitenciária brasileira e a política para pessoas com deficiência. O trabalho apresenta, contata e analisa as situações desumanas a que são submetidos os presos com deficiência, no sistema prisional brasileiro. Realidade que atingem mais de quatro mil e quinhentos presos assim identificados no sistema prisional.

Ainda no âmbito das políticas prisionais, Marcelo Siqueira realiza em seu trabalho um estudo de caso referente ao processo para construção de nova unidade prisional em município do interior do Estado de Goiás para, a partir desse estudo, realizar considerações críticas sobre o modelo de política penal e prisional brasileiro.

Já Thiago Martins e Carla Dias, abordam outro aspecto da política prisional brasileira, enfocando a análise das condições dispensadas às mães no cárcere, notadamente quanto à relevante questão da amamentação das crianças lactantes, discutindo, quanto a isso, a possibilidade da aplicação da teoria do estado de coisas inconstitucional.

Na mesma toada, Mariana Amaral e Gustavo Ávila analisam as condições de encarceramento das mulheres mães no sistema prisional brasileiro, a partir das dimensões macro, meso e micro institucionais das políticas públicas.

Sobre as políticas relativas ao combate e redução da violência contra as mulheres, o trabalho de Marina Almeida e Adriana Farias analisa o atual instrumento regulatório do atendimento pelo SUS das mulheres vítimas de violência, comparando-o com as normativas internacionais.

O trabalho de Yuri Ribeiro e de Carolina Ferraz analisa a interseção entre a política de redução da miséria e pobreza plasmada no programa Bolsa Família e as eventuais deficiências do mesmo quanto à questão de gênero, notadamente por não haver uma implementação efetiva de instrumentos de capacitação e empoderamento da mulher no âmbito do programa o que permite a sua 'subalternização' no desenho do mesmo.

No campo das políticas laborais e relacionado ao tema do trabalho da mulher, está o estudo de Pablo Baldivieso, que analisa e busca identificar o retrocesso ocorrido na recente reforma trabalhista, quanto ao tema das condições de trabalho da lactante.

Já a pesquisa de Robson Silva e de Valena Mesquita analisa o retrocesso ocorrido na política de combate ao trabalho escravo no Brasil, com as medidas e alterações recentes ocorridas nessa seara.

Também no âmbito das políticas de proteção do trabalho, a pesquisa de Otavio Ferreira e Suzy Kouri analisa a cadeia produtiva do açaí no Estado do Pará e propugna pela construção de uma política pública voltada para a valorização e proteção do trabalhador que atua na extração e coleta deste fruto.

O trabalho de Daisy Silva e de Terciana Soares analisa a questão da efetivação dos direitos sociais frente aos custos dos mesmos, e aborda a necessidade da incorporação das análises sobre os custos, nas tomadas de decisão relativas ao tema.

Já o trabalho de Darlan Moulin e Yasmin Arbex faz uma análise teórica da questão da emancipação e do (des)envolvimento social, bem como da ideia de igualdade, para a partir daí abordar a questão da extrafiscalidade como instrumento e elemento de efetivação de políticas públicas.

No âmbito das políticas de promoção do direito à saúde, o trabalho de Marcelo Costa e Vinícius Lima perscruta pela possibilidade de identificação de um núcleo do direito fundamental à saúde, notadamente a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a caminhada expansiva desta nas últimas décadas, quanto ao tema.

Também no âmbito do direito fundamental à saúde, o trabalho de Marina Ayres e de Saulo Coelho analisa o fenômeno da judicialização das políticas de dispensação de medicamentos pelo SUS no Estado de Goiás, por meio da análise qualitativa de amostra de sentenças a esse respeito, problematizando a ausência de um debate sobre política pública nessas decisões.

Espera-se que essa publicação possa contribuir com o debate sobre Direitos Sociais e Políticas Públicas, questão de alta relevância, notadamente em um país com alarmante índice de desigualdade social, como o Brasil.

Prof. Dr. Saulo De Oliveira Pinto Coelho – UFG

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DAS DEMANDAS VOLTADAS ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS EM GOIÁS: RETROSPECTIVA DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO GOIANO E PROPOSIÇÕES PARA BOAS PRÁTICAS

STANDARDS FOR THE JUDGMENT OF JUDICIAL DEMANDS ON PUBLIC POLICIES OF FREE MEDICATION SUPPLY IN GOIÁS-BRASIL

Marina Ayres Ferreira Lima Bueno ¹
Saulo De Oliveira Pinto Coelho ²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo verificar o modus operandi e a existência de parâmetros para o julgamento pelo Judiciário goiano das demandas voltadas às políticas de dispensação de medicamentos gratuitos. Objetiva-se a propositura de uma parametrização constitucionalmente adequada, para a tomada de decisões nas demandas sobre a questão. Partiu-se do exame das tendências de julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás perante a temática no período compreendido entre 2008 e 2017, por meio de análise eminentemente qualitativa de decisões, a partir de amostra coletada por critérios aleatórios de sentenças e acórdãos do citado Tribunal.

Palavras-chave: Medicamentos, Saúde, Políticas públicas, Judicialização, Parametrização

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to verify the modus operandi and the existence of standards for the judgment by the Justice of the state of Goiás of the demands focused on the policies of free medication supply. This paper intends to be a study for the proposition of a constitutionally adequate standardization, to make decisions about the demands on the issue. The trends in lawsuits of the Court of Justice Goiás, from the period between 2008 and 2017, were examined through an eminently qualitative analysis, based on a sample collected according to random criteria, of sentences searched on the court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Medicines, Health care, Public policy, Judicialization, Parameterization

¹ Especialista em Direito Processual Constitucional pela ESMEG-GO. Servidora do Poder Judiciário do Estado de Goiás.

² Doutor em Direito pela UFMG. Professor Efetivo da Universidade Federal de Goiás. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG - Mestrado Profissional. Vice-Diretor da FD-UFG.

1 Introdução

O presente artigo partiu da percepção, adquirida por meio da vivência profissional junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, de que os pedidos de fornecimento de medicamentos são examinados no contencioso judicial de um modo simplório, carente de análise mais ampla da repercussão dessa judicialização na própria política pública de saúde. A pesquisa toma como pressuposto, portanto, que o enfrentamento da questão demanda tratamento complexo, que extrapola tanto o domínio clássico dos “direitos individuais” (parâmetro a partir do qual a maioria dos juízos examina a matéria), quanto o campo exclusivo do Direito, requerendo a organização de uma procedimentalização interdisciplinar das tomadas de decisão sobre o tema.

Visando a testagem dessa percepção prévia, aqui tratada como hipótese, a metodologia de procedimento adotada na presente pesquisa principia com a análise qualitativa (apoiada por algumas incursões quantitativas) das decisões tomadas pelo Judiciário goiano acerca de ações movidas frente à negativa da Administração Pública em fornecer medicamentos a pacientes. Constituiu-se uma amostra de decisões por meio de critérios garantidores da aleatoriedade dos julgados selecionados, de modo que possam ser representativos das práticas decisórias do Judiciário goiano quanto ao tema, entre os anos de 2008 a 2017.

O pronto exame do material selecionado permitiu constatar que, na última década, as ações ajuizadas com o propósito de se obter o fornecimento gratuito de medicamentos tiveram, em sua grande maioria, êxito junto ao Judiciário.

Verificamos, na sequência, que as decisões do Judiciário goiano via de regra são marcadas por uma fundamentação superficial, proveniente, provavelmente, da visão do direito social fundamental da saúde como um direito prioritariamente individual, e de seu pano de fundo, a vida, como um valor absoluto (ou quase), já que é recorrente nos julgados fundamentar o deferimento do fornecimento dos medicamentos na exaltação da importância do direito à vida e, por conseguinte, do direito à dignidade.

Identificou-se que nos julgamentos, normalmente realizados na estreita via do mandado de segurança, os pedidos de medicamentos são deferidos sem que, por exemplo, nada ou pouco se saiba cientificamente sobre a eficácia do fármaco pleiteado ou sobre a possibilidade de sua substituição por outro de efeitos similares, mas já dispensado pelo Sistema Único de Saúde, até mesmo porque, como antecipado, esses temas fogem do âmbito estrito do Direito (o que não é escusa para ignorá-los na jurisdição de questões complexas, mas acaba ocorrendo, sobretudo nas respostas às medidas liminares e de tutela antecipada).

Em face da fragilidade (do ponto de vista do tratamento do tema como política pública) dos fundamentos adotados pelo Judiciário local e pela grande repercussão que essas decisões têm causado no campo financeiro/orçamentário dos entes públicos (principalmente nos Municípios, que pelas regras constitucionais, são os que menos recursos recebem), é que a pesquisa, na sequência da investigação proposta, buscou delimitar parâmetros mínimos de cognição e verificação dos fundamentos fáticos e jurídicos que deveriam ser utilizados (como *substantive due process of law*) para todas as demandas judiciais referentes à concessão gratuita de medicamentos.

Para tal, realizou-se uma recapitulação da legislação federal, estadual e local sobre o tema, com foco numa hermenêutica *constitucionalmente adequada* desses marcos regulatórios.

Na sequência, focou-se no estudo de algumas boas práticas adotadas por outros tribunais estaduais.

Preparado o terreno para uma análise propositiva, com base em todo o material colhido e numa crítica hermenêutica das orientações e conclusões das Jornadas de Direito da Saúde realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, foi possível delinear a propositura de passos e requisitos procedimentais mínimos a serem observados pelos julgadores goianos quando defronte aos difíceis casos de colisão entre o direito à saúde e, eventualmente, à vida, dos que recorrem ao Judiciário, e a insuficiência financeira/orçamentária do ente público demandado, o que necessariamente influencia na saúde (e na vida) do restante da comunidade local.

Uma das conclusões principais da pesquisa consiste na avaliação de que o Judiciário deve tomar como parâmetro prioritário de análise uma hermenêutica das políticas públicas prefixadas pelos Poderes competentes, pois deles é a legitimidade para escolha e direcionamento dos gastos das verbas públicas, pois foram eleitos pelo povo para esse fim.

Deve, assim, partir de uma compreensão das normas em jogo como instrumentos reguladores de uma política pública complexa, abstendo-se de uma leitura individualista que corriqueiramente acaba por isolar e focar em dispositivos específicos da regulação para neles fiar uma decisão que, em que pese atender a um direito individualmente considerado, não respeita o tratamento constitucionalmente adequado desses direitos.

Pergunta-se, por exemplo, a partir dessas constatações, qual o percentual de pessoas de classe média capazes de sustentar o gasto com certo medicamento, que obtêm judicialmente o fornecimento de remédio específico receitado pelo médico mesmo existindo medicamento equivalente na lista dos fornecidos pelo SUS, enquanto pessoas mais pobres, geralmente com

menos capacidade de acesso ao Judiciário, acabam por não receber, em algumas situações, nem mesmo o tratamento básico, por falta de recursos? Em que medida o Judiciário, quando não analisa temas dessa natureza como política pública e analisa cada caso de modo isolado, acaba por prestar um paradoxal desserviço à justiça social, que é a meta das políticas sociais? Em alguma medida, o presente trabalho busca colaborar com estas inquietações.

2 O comportamento do Judiciário goiano a respeito dos conflitos envolvendo políticas públicas de distribuição de medicamentos: análise do período de 2008-2017

Desenvolvemos, inicialmente, uma pesquisa documental no arsenal de decisões judiciais disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Selecionamos por uma busca randomizada 5 (cinco) julgados para cada um dos 10 (dez) últimos anos que se passaram, ou seja, coletamos 50 (cinquenta) decisões entre sentenças e acórdãos desta Corte Estadual, proferidas entre 1º de junho de 2008 e 1º de junho de 2017.

Do exame dessas decisões, 23 (vinte e três) sentenças e 27 (vinte e sete) acórdãos, lançados durante o interstício de 1 (uma) década, notamos uma evolução tanto nas teses de defesa apresentadas pela Administração, como nos argumentos adotados pelos magistrados, o que, entretanto, não autoriza a ilação de que estamos mais próximos de solucionar o problema decorrente da judicialização das políticas públicas de fornecimento de medicamentos pelo Poder Público.

Longe disso, vimos que boa parte dos fundamentos apresentados pela Fazenda Pública para se esquivar do cumprimento das medidas necessárias ao resguardo do direito constitucional à saúde foi refutada pelo Judiciário goiano sem o aprofundamento recomendado, com base na considerada incontestada premissa de que é solidária e concorrente a responsabilidade dos entes federados nesse setor, bem como na tida por infalível fundamentação de que o direito à vida (e saúde é vida, nessa ótica) não pode ser confrontado nem ponderado por nenhum critério orçamentário ou administrativo. Em geral, nas sentenças constrói-se a imagem de um pujante direito à vida (como se todo pedido de medicamento fosse um caso de vida ou morte), contra um frio e calculista argumento orçamentário de defesa.

Igualmente, vislumbramos certa divergência entre os julgadores, relacionada à dispensabilidade ou não da prova da hipossuficiência do paciente para o recebimento do fármaco do Poder Público, fator deveras comprometedor da uniformidade dos julgados goianos, mas que merece uma atenção, pois a hipossuficiência do paciente, sobretudo no caso de medicamentos fora das listas oficiais, deveria ser um requisito indispensável, se se quiser

respeitar o caráter igualitário da política pública e não inverter a prioridade constitucionalmente adequada da política em questão.

Outra constatação diz respeito ao sucesso quase absoluto das demandas voltadas à busca de medicação gratuita. Em apenas 4 (quatro) das 50 (cinquenta) decisões selecionadas, o pedido foi indeferido, o que revela o dado estatístico de 92% (noventa e dois por cento) de êxito das ações ajuizadas e, conseqüentemente, da marcante intervenção do Judiciário na política pública de distribuição de medicamentos.

Também temos como digna de destaque a verificação de que no Tribunal não existem disparidades sobre a matéria entre os integrantes dos órgãos fracionários de julgamento, já que em todos os acórdãos selecionados houve unanimidade.

Identificamos também a marcante atuação do Ministério Público na seara da saúde pública, autor de 64% (sessenta e quatro por cento) das ações referentes aos julgados pesquisados. Aqui, fica a preocupação acerca do tratamento pulverizado dos problemas, sem um correspondente tratamento em ações de cunho coletivo, mas mesma intensidade.

Cabe também destacar que se observou uma grande variabilidade de caminhos argumentativos, denotando a necessidade de parametrização dos requisitos orientadores de tomada de decisão sobre essa temática.

Vale colacionar aqui um resumo dos argumentos principais adotados, tanto pela Administração Pública em sede de defesa, quanto pelo Judiciário, na fundamentação das decisões, nesses últimos dez anos, no Estado de Goiás:

No ano de 2008, a análise dos julgados coletados permitiu inferir que o Poder Público, quando demandado judicialmente, baseou sua defesa nestas alegações: *(i)* falta de prova pré-constituída sobre a hipossuficiência do paciente; *(ii)* atuação do Estado voltada à toda coletividade; observância do limite financeiro; e *(iii)* divisão de responsabilidades na Lei n. 8.080/1990. Já o Judiciário goiano, que em geral deferiu os pedidos, rebateu essas teses com as seguintes fundamentações: *(i)* desnecessidade de prova sobre a hipossuficiência do postulante; *(ii)* caráter fundamental do direito à saúde, o que impediria a alegação da teoria da reserva do possível; *(iii)* solidariedade da obrigação entre os entes federados (arts. 6º, 196, 198, CF; arts. 152, 153, IX, CE; e lei do SUS); *(iv)* o relatório do médico do autor é suficiente à concessão do medicamento prescrito. Ademais, em um dos julgados de 2008 decidiu-se que a prescrição de genéricos não seria obrigatória e que o poder público deveria respeitar o critério médico de preferir os genéricos, contrariando a própria política pública a esse respeito.

No ano de 2009, as principais argumentações de defesa apresentadas pelo setor público foram as seguintes: *(i)* ilegitimidade passiva; *(ii)* necessidade de formação de

litisconsórcio passivo necessário; *(iii)* medicamento prescrito não indicado para o tratamento da doença relatada; e *(iv)* medicamento não constante nas listas do SUS. Ademais, *(v)* continuou-se a suscitar a prova da hipossuficiência como requisito obrigatório à impetração. A resposta do Judiciário, em geral, deferindo os pedidos e não acatando os argumentos acima suscitados foi: *(i)* todos têm direito ao acesso igualitário à saúde; *(ii)* responsabilidade concorrente e solidária dos entes federados; *(iii)* desnecessidade de formação de litisconsórcio; e *(iv)* impossibilidade de bloqueio de valores do Poder Público e da fixação de multa diária pela inadimplência.

No ano de 2010, continuaram a ser alegadas em defesa, *(i)* a necessidade de chamamento da União para compor o polo passivo da impetração; *(ii)* a falta de prova pré-constituída, seja do ato coator, seja da eficiência do medicamento prescrito; e *(iii)* a aplicabilidade da teoria da reserva do possível. Observamos, como novidade, os seguintes questionamentos pelo poder público: *(iv)* a ilegitimidade do Ministério Público ante a falta de prova sobre a hipossuficiência do substituído; e *(v)* a existência de centros de tratamento no SUS, especializados na doença, que adotam procedimentos e medicamentos diferentes dos prescritos pelo médico do paciente. Quanto à fundamentação dos julgados, a inovação se referiu às seguintes temáticas: *(i)* previsão de repasse de recursos financeiros para o subsídio da saúde (arts. 31 e 32 da Lei 8.080/90); *(ii)* ausência de ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois a atuação do Judiciário estaria limitada ao controle da legalidade do ato administrativo; *(iii)* Estado como gestor do sistema único de saúde; *(iv)* dignidade da pessoa como fundamento do direito à saúde; *(v)* deferimento do pedido, mas com permissão ao Poder Público para fornecer medicação genérica; *(vi)* ausência de competência do Executivo para analisar a conveniência e correção do medicamento prescrito, por tratar-se de ato médico; e *(vii)* legitimidade do Ministério Público independentemente da condição financeira do substituído.

As teses novas de defesa do poder público, sobre o fornecimento de medicamentos foram as seguintes em 2011: *(i)* responsabilidade dos CACONs (Portaria 2.439/GM/MS), de responsabilidade da União; *(ii)* ausência de interesse de agir por falta de requisição dos medicamentos perante os órgãos federais de saúde; *(iii)* intervenção do Judiciário como ato comprometedor do princípio da igualdade; e *(iv)* vedação à aquisição sem prévia consignação orçamentária. Já no tocante à fundamentação dos julgados, foram inovadoras as seguintes alegações: *(i)* reconhecimento da necessidade da prova da hipossuficiência para se buscar do Poder Público os medicamentos necessários ao tratamento de saúde; *(ii)* invocação da Súmula n. 429 do STF, para se afastar a tese de carência da ação por ausência de ato coator; *(iii)* não vinculação do médico à lista de medicamentos divulgada pelo Poder Administrativo; *(iv)* dever

do Estado em articular junto à União a instalação de unidades do CACONs (art. 1º da Portaria 2.439 /GM/MS), cujo cadastramento pelo paciente sequer seria obrigatório; e (v) aplicação do princípio da máxima efetividade ao direito à saúde.

Em 2012, as novidades nas teses defensivas do poder público foram: (i) medicamento prescrito não satisfaz os requisitos do art. 60 da Portaria MS 2891/09; e (ii) necessidade de prova pericial. Na fundamentação das decisões analisadas na amostra, destacaram-se: (i) retorno à premissa da desnecessidade de comprovação da hipossuficiência; (ii) direito à vida e à saúde prevalece sobre qualquer outro; (iii) juízo de valor do julgador sobre as políticas públicas eleitas pelo administrador; e (iv) atuação do Judiciário como meio de implementação das políticas públicas constitucionais.

Já o ano de 2013 foi de significativas novidades no âmbito das argumentações oferecidas tanto pela Administração Pública como pelo Judiciário quanto ao tema em evidência. Novas teses de defesa apresentadas foram apresentadas: (i) interpretação equivocada das normas programáticas como fator de violação ao princípio da isonomia; e (ii) competência do Executivo para a gestão da saúde pública e intervenção indevida do Judiciário. Também se observaram novos argumentos de fundamentação: (i) princípio da dignidade da pessoa se sobrepõe à reserva do possível, que necessita de prova, e ao princípio da igualdade; (ii) direito à saúde como direito social e constitutivo da seguridade social (arts. 6º, 23, II, 194 e 196 da CF); (iii) existência de programas de fornecimento de medicamentos não impede a impetração; (iv) atuação do Judiciário para equilibrar a situação entre pobres e ricos no campo da saúde – a submissão dos direitos positivos à vontade do Estado é que ocasionaria a ofensa à separação dos poderes, pois ficaria a cargo do Executivo o controle dos direitos individuais; (v) no Estado Democrático de Direito o mínimo existencial deve ser assegurado a todos; (vi) previsões contidas em portarias não se sobrepõem a direito constitucional; e (vii) necessidade da comprovação da hipossuficiência do paciente.

2014 foi um ano de pouca mudança na jurisprudência do Judiciário goiano no tocante ao tema medicamentos. Novas teses de defesa observadas: (i) ausência de interesse de agir decorrente de o SUS fornecer o medicamento postulado; e (ii) medicamento não registrado na ANVISA. A única inovação na fundamentação das decisões de deferimento dos pedidos foi: (i) indiferença de o medicamento receitado estar ou não incluído na RENAME e na RESME, pelo fato dessa exigência ser contrária ao direito à saúde.

Quanto aos processos analisados referentes ao ano de 2015, aparecem as seguintes novas teses da Administração Pública: (i) inobservância, pelo juízo de primeira instância, dos enunciados 13 e 18 do Conselho Nacional de Justiça; (ii) ausência de prescrição do

medicamento pleiteado por médico do SUS; e *(iii)* competência da União para a especificação dos tratamentos e medicamentos fornecidos pelo SUS. Inovações nos julgados, em 2015: *(i)* possibilidade de prescrição por profissional da via privada, como resultante da interpretação da Portaria MS 1.554/13, art. 27; e *(ii)* desnecessidade de prova da hipossuficiência de recursos do paciente.

Já em 2016 aparecer as seguintes novas teses de defesa: *(i)* necessidade da prévia oitiva das Câmaras de Saúde; *(ii)* observância do rito da licitação e fixação de prazo razoável para a realização da imposição. As argumentações inéditas nas amostras dos anos anteriores, observadas em 2016 são as seguintes: *(i)* câmara de saúde como órgão meramente consultivo; *(ii)* invocação da súmula n. 35 do TJGO para afastar a tese de necessidade de o medicamento postulado estar incluído na RENAME; *(iii)* hipótese de dispensa da licitação, art. 24 da Lei 8.666/93, para afastar a necessidade de conceder prazo razoável à Administração Pública, após o deferimento em primeira instância; *(iv)* possibilidade do cumprimento da medida da forma menos onerosa ao Estado (Lei 9.787/99, art. 3º); e *(v)* possibilidade, por outro lado, de bloqueio de valores da Administração Pública, para provimento da medida. Nesse ano, chama atenção um dos julgados em que foi indeferido o medicamento em razão de a Câmara de Saúde ter afirmado que a competência para a dispensa do fármaco buscado seria do Estado e não do Município, entidade identificada como coatora no MS.

Por fim, no ano de 2017 observou-se uma única inovação no procedimento de defesa: *(i)* alegação da necessidade de oitiva da Câmara de Saúde antes da prolação do ato decisório. Também se observou uma única novidade na fundamentação das decisões examinadas: *(i)* determinação de renovação da prescrição do medicamento a cada 3 meses, por aplicação do Enunciado 2 da I Jornada de Saúde Pública do CNJ. Cabe destacar que, em 2017, em uma das sentenças, a ordem foi denegada, por falta de comprovação da alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS.

3 Marcos regulatórios da Política pública de distribuição de medicamento no período 2008-2017: âmbito federal e estadual

Para que possamos dar uma resposta satisfatória ao questionamento referente à existência de alterações sensíveis sobre a regulamentação das políticas públicas de dispensação de medicamentos nos planos federal e estadual, nos últimos dez anos, primeiramente, devemos fazer um breve histórico sobre a constitucionalização do direito à saúde no país.

Antes da Constituição Federal de 1988, a saúde era objeto apenas de normas esparsas, especialmente voltadas à fixação de regras de competências legislativa e executiva entre os entes federados e à proteção dos trabalhadores. Para que as mudanças em nível constitucional ocorressem, teve grande importância o Movimento da Reforma Sanitária, que propugnava o reconhecimento da saúde como um direito de cidadania, levando o Estado a se comprometer com a criação de um sistema nacional de saúde (FLEURY, 2016).

Estabelecido o marco constitucional de um sistema público e único de saúde, de acesso universal, vimos que da compreensão do artigo 196 da Carta Constitucional, três são os aspectos essenciais do direito à saúde, que extrapolam o simples conceito de ausência de doença, quais sejam: prevenção, promoção e cura, tendo o primeiro deles prioridade.

Por força da obrigação estabelecida pelo art. 197 da Constituição, de o Poder Público dispor, por meio de lei, sobre a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e dos serviços de saúde, foram editadas a Lei nº 8.080/1990, responsável pela organização do Sistema Único de Saúde; a Lei nº 8.142/1990, que dispõe sobre a participação da sociedade e do controle social sobre as ações e os serviços de saúde, além de disciplinar a transferência de recursos; a Lei nº 9.656/1998 e a Lei nº 9.961/2000, que juntamente regulamentam a prestação do serviço de saúde pela iniciativa privada.

Especificamente sobre o foco do presente trabalho, voltado à necessidade de fixação de parâmetros para o tratamento dos pedidos ao Judiciário nas atividades de dispersão de medicamentos, notamos que essa atribuição está incluída, juntamente com várias outras, no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), no artigo 6º, inciso I, alínea d, de sua Lei Orgânica (Lei nº 8.080/90), e, mais detalhadamente, entre seus artigos 19-M e 19-U, introduzidos pela Lei nº 12.401/2011.

Também não podemos deixar de lado o Decreto nº 7.508/2011, que em seus artigos 21 a 24 instituiu a Relação Nacional de Ações de Saúde (RENASES) e, nos artigos 25 a 29, regulamentou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), o que decorreu da Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria nº 3.916/1998, e, também, da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aprovada em maio de 1998 pela Resolução nº 338/CNS/MS.

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais do ano em curso – RENAME 2017, foi estabelecida pela Portaria nº 1.897/2017 do Ministério da Saúde e basicamente corresponde à atualização do elenco de medicamentos e insumos da RENAME 2014, elaborada com observância aos princípios fundamentais do SUS da universalidade, equidade e

integralidade, com a especificação dos medicamentos fornecidos por meio de políticas públicas e indicados para os tratamentos das doenças e agravos que acometem a população brasileira.

Verificamos que de grande valia foi também o detalhamento introduzido pela Portaria nº 204/2007 do Ministério da Saúde, que trouxe a definição dos Componentes Básicos, Estratégicos e Especializados da Assistência Farmacêutica.

A Portaria nº 1.555/2013 do Ministério da Saúde cuidou do Componente Básico, que destina-se à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da Atenção Básica à Saúde, sendo sua execução descentralizada e de responsabilidade compartilhada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Portaria nº 207/2004 do Ministério da Saúde tratou do Componente Estratégico, que se refere ao financiamento de ações de assistência farmacêutica de programas de saúde estratégicos em nível nacional, valendo citar, o controle da tuberculose, da malária, da dengue, entre outras doenças. Sua execução também é descentralizada, com responsabilidade normalmente compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios.

E, por fim, a Portaria nº 1.554/2013 dedicou-se ao Componente Especializado, destinado à aquisição de medicamentos que garantam a integralidade do tratamento medicamentoso, ocorrendo, via de regra, mediante pactuação entre os entes federados e tendo sua execução, de modo geral, a cargo dos Estados e do Distrito Federal.

Constatamos que essa repartição de competências não é inflexível, podendo ser modificada por autorização expressa do artigo 10 da Lei n. 8.080/1990 e também pela Lei Complementar nº 141/2012, o que normalmente ocorre mediante consórcios entre os entes federativos.

Verificamos, portanto, grande avanço na área legislativa federal no que se refere à temática em estudo, chegando à conclusão que não é todo e qualquer medicamento que o Poder Público tem o dever de dispensar, mas, essencialmente, os de interesse da saúde, prescritos em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas pelos Protocolos Clínicos do SUS, resultando dessa aparente limitação o grande número de demandas judiciais sobre a matéria.

Na esfera estadual, do mesmo modo, também constatamos melhorias no que se refere à dispensação de fármacos. Tal como ocorrido no âmbito nacional, o Estado de Goiás elaborou sua primeira edição da Relação Estadual de Medicamentos Essenciais (RESME-GO) em 1998, via Portaria nº 3.042-GAB-SES-GO.

A segunda edição, editada pela Portaria nº 050/2006-GAB-SES-GO, teve como base a RENAME 2002 e a 14ª Lista Modelo de Medicamentos Essenciais da Organização Mundial da Saúde de 2005, com atenção prioritária às doenças de relevância no Estado de Goiás.

Na RESME-GO, segunda edição, os medicamentos foram divididos em três seções. A primeira delas, Seção A, sob o título Medicamentos de uso geral, listou os medicamentos que controlam manifestações gerais de doenças. A Seção B, denominada Medicamentos usados em doenças de órgãos e sistemas orgânicos, incluiu os fármacos que atuam em sistemas orgânicos específicos. E, por fim, a Seção C, intitulada de Outros medicamentos e produtos, contém medicamentos não contemplados nas listagens anteriores.

Tal como a RENAME, a RESME-GO foi clara ao dispor que contemplava as carências terapêuticas medicamentosas de diferentes níveis de atenção à saúde, mas não cobria todas as necessidades de terapia medicamentosa, priorizando o atendimento de doenças com impacto em saúde pública.

Contudo, no ano de 2013, via Portaria nº 283/2013-GAB-SES-GO, o Secretário de Estado da Saúde revogou as portarias anteriormente mencionadas para adotar, como lista de referência para a execução da Política Estadual de Assistência Farmacêutica, a própria Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e a Relação Estadual Complementar de Medicamentos, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

Por meio dessa mesma Portaria, vimos que foi constituída nova Comissão Estadual de Farmácia e Terapêutica, que tem como uma de suas atribuições, elaborar a Relação Estadual Complementar de Medicamentos.

Dessas explanações, observamos que o problema da judicialização da saúde não advém da ausência de regulamentação acerca da obrigação dos entes públicos na dispensação de medicamentos a quem deles vier a necessitar.

Com base nas ilações feitas no capítulo anterior, que dissecou o comportamento do Judiciário goiano nos últimos 10 (dez) anos, mais parece que as decisões sobre a questão têm sido fundamentadas basicamente na circunstância de o direito à saúde ser absoluto, sem o prévio exame da ilegalidade/inconstitucionalidade dessas normativas infraconstitucionais e administrativas.

4 Comparando a experiência goiana com a experiência brasileira: em busca de melhores práticas de atuação

Como apresentado no tópico 2 deste artigo, percebemos na análise da amostra de julgados uma marcante predisposição ao deferimento do pedido na atuação dos magistrados goianos quando envolvidos em demandas que tratam, de um lado, sobre saúde e,

consequentemente, sobre a vida de alguém, e, de outro, dos recursos de ordem econômica do ente escolhido para figurar em seu polo passivo.

No enfrentamento dessa questão, que é um dos exemplos mais marcantes do que a doutrina denomina de escolhas trágicas, quase sempre são desconsiderados os fatos de o medicamento prescrito estar incluído nas listas do SUS, de ser ou não registrado junto à Anvisa, e de o requerente possuir ou não condições de adquiri-lo.

Não obstante, talvez influenciado pela política atualmente desenvolvida em alguns poucos Estados do país ou pelas recomendações expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça, o Ministério Público goiano, um dos maiores requerentes nas causas envolvendo a postulação de medicamentos no Estado, firmou com a Secretaria Estadual da Saúde um Termo de Cooperação, com o propósito de solucionar as demandas sobre saúde pela via administrativa.

Esse Termo de Cooperação Técnica (nº 001/2014/MPGP/CAOSAÚDE) (GOIÁS, 2014), elaborado em 2014, com prazo de validade de 4 (quatro) anos, fixou parâmetros para a dispensação administrativa de medicamentos de alto custo às pessoas que venham a obter parecer favorável da Câmara de Avaliação Técnica de Saúde – CATS.

Por ele, a Secretaria de Estado da Saúde assumiu a obrigação de destinar R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais) anualmente à questão¹. E o Ministério Público, por sua vez, ficou responsável pela coordenação do CATS, via Centro de Apoio Operacional da Saúde (CAOSAÚDE), a quem compete avaliar os pedidos de fornecimento de medicamentos pelo seu corpo técnico, tendo como diretriz o exame de conveniência da dispensação dos fármacos de alto custo previstos nas tabelas de medicamentos excepcionais aprovados pela Anvisa.

Percebemos que nos últimos tempos as ações judiciais propostas pelo Ministério Público na qualidade de substituto processual de pacientes em busca de medicamentos têm de fato vindo instruídas com o laudo do CATS, em sua maioria favorável à dispensação.

Entretanto, como a quantidade desta espécie de ação continua elevada, infere-se que o êxito da obtenção de medicamentos na via administrativa, aparentemente, não se mostrou significativo, sendo vários os motivos que justificam esse quadro, todos extraídos das peças de defesa apresentadas em juízo pelo Estado: (i) medicamento em processo de licitação; (ii) falta de recursos; (iii) medicamento não registrado na Anvisa; (iv) medicamento experimental ou não

¹O valor atual é bem superior ao inicialmente acordado, segundo informações do Promotor de Justiça Coordenador do CAOSAÚDE.

incluso nas listas do SUS; e, ainda, a (v) existência de outros similares previstos nas diretrizes e protocolos da doença a ser tratada.

No âmbito dos Tribunais Superiores, especificamente, no Supremo Tribunal Federal, órgão com competência para o exame de polêmicas constitucionais, a primeira tentativa para a redução/controle do fenômeno denominado de judicialização da saúde, ocorreu por meio do julgamento do STA 175², em 17 de março de 2010.

Esse recurso foi o primeiro a ser enfrentado após a realização da Audiência Pública n. 4 pelo Supremo Tribunal Federal, sendo estas as conclusões do Relator, Ministro Gilmar Mendes, ora apresentadas em ordem de prioridade de cumprimento:

1) Constatando-se a existência de política pública que abranja a doença do postulante, a atuação do Judiciário somente poderá ocorrer nos casos de omissão ou de prestação ineficiente da Administração;

2) Não havendo política pública, o julgador verificará se o fármaco está incluído nas listas do SUS; se não estiver, por não estar registrado na Anvisa, o pedido não obterá êxito; caso apenas não conste nas listagens do SUS, o magistrado deverá verificar se este não fornece medicamento equivalente, ao qual deverá dar prioridade;

3) Em sendo o medicamento experimental, o pedido deverá ser indeferido e

4) Para os tratamentos médicos ainda não dispensados pelo SUS, mas já fornecidos pelo sistema privado, o interessado deverá ajuizar demanda que possibilite a ampla dilação probatória, sendo reduzida a possibilidade de concessão de cautelares.

Nada obstante, essas premissas ou não foram seguidas ou foram relativizadas pela própria Corte Suprema, que vem deferindo, assim como os Tribunais inferiores, fármacos não inscritos na Anvisa e aqueles de alto custo.

Entre a realização dessa audiência pública, que resultou na aprovação da Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça³ e o ano de 2017, em que grande era a expectativa da atuação do Supremo Tribunal Federal no tema da judicialização da saúde no país, com o julgamento em conjunto dos Recursos Extraordinários 466471 e 657718, as decisões sobre a temática continuam, via de regra, sem uma parametrização e sem a perspectiva de uma questão coletiva e de política pública.

Assim, a forçoso considerar que saúde, quanto pleiteada sem os devidos cuidados e parâmetros é vista “como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília, 17 de março de 2010. DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

³Recomendação 31/2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

demais indivíduos” (LIMA, 2013), restando comprometido o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, tal como garantido na Constituição Federal, em nome de um acesso judicial.

Por outro lado, o Estado do Rio Grande do Sul vem alcançando experiência mais equilibrada e constitucionalmente adequada no campo da dispensação de medicamentos ao desenvolver uma “Ação de Planejamento e de Gestão Sistêmicos com Foco na Saúde” (JFRS, 2015).

Especificamente sobre o que tem relevância a este trabalho, destaca-se a criação da Rede Estadual – Projeto Medicamentos, baseada no entendimento de que o enfrentamento do problema depende da congregação de todos os envolvidos em torno dos pontos convergentes, não sendo a judicialização a melhor solução para todas as situações.

Compõem a Rede Estadual do Rio Grande do Sul os seguintes órgãos: Secretaria de Estado da Saúde, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Advocacia Geral da União - Procuradoria Regional da União/4ª Região, Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul, Procuradoria Geral do Estado, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado, Programa de Qualificação em Gestão Pública, Secretaria Municipal de Saúde de Lajeado, Secretaria Municipal de Saúde de Rio Grande.

Como sugestões para a formação das redes municipais de medicamentos constatamos que foram delineados os seguintes passos (JFRS, 2015):

- 1) Fornecimento ao usuário, em uma única consulta, de todos os documentos necessários para a obtenção do medicamento constante nas listas de assistência farmacêutica;
- 2) Padronização do formulário de laudo médico nos casos de prescrição de medicamento não fornecido pelo SUS e
- 3) Exigência do documento de comprovação da negativa de fornecimento no âmbito administrativo.

Para as situações em que a procura do Judiciário se mostra inevitável, vimos que foram sugeridas a adoção do seguinte devido processamento (JFRS, 2015):

- 1) Propositura da demanda em desfavor do ente responsável pelo fornecimento do fármaco, segundo Lista Unificada de Medicamentos fornecidos pelo SUS (Município, Estado ou União);
- 2) Comprovação pelo usuário, sempre que possível, da solicitação e da negativa de fornecimento do medicamento na esfera administrativa e

3) Contato municipal e estadual de farmácias para certificação da indisponibilidade de dispensa do fármaco antes do bloqueio de valores.

Importante inovação igualmente identificada nesse documento foi a descrição da conduta a ser seguida pelos profissionais da saúde tanto para os casos de prescrição de medicamentos dispensados pelo SUS como para os não constantes em suas listagens.

Assim, como documentos necessários à instrução da petição inicial, a cartilha relaciona (JFRS, 2015):

1) Documentos básicos: cópia da Carteira de Identidade e do CPF; cópia do Cartão do SUS; cópia do comprovante de renda (familiar); cópia do comprovante de residência; declaração de pobreza (fornecida pela Defensoria Pública); e quando o pedido for para terceiros, procuração registrada em cartório ou termo de curatela e documentos pessoais do representante legal ou curador;

2) Documentos específicos:

2.1) Protocolo do pedido administrativo e histórico de fornecimento ou não fornecimento do medicamento - documento demonstrando desde quando o medicamento está em falta ou que ainda não foi liberado por estar em avaliação técnica;

2.2) Laudo médico original constando a doença e/ou diagnóstico (de forma extensa e com CID), o caráter de urgência (por escrito, obrigatoriamente), as consequências no caso de não se conseguir o medicamento/insumo, e/ou o risco de morte (somente quando for o caso), o nome da medicação (o nome da substância química, bem como o nome comercial);

2.3) Receita contendo o nome da medicação (substância química e comercial), a dosagem e a posologia (quantidade que deve ser usada - comprimidos, injeções, etc. – por dia e por mês), a sua periodicidade (uso contínuo ou por tempo determinado) e

2.4) Três orçamentos formais de farmácias diferentes (conforme a receita).

Para a atuação dos magistrados, foram tecidas as seguintes recomendações (JFRS, 2015):

1) A judicialização da saúde tem início com a negativa da Administração Pública em prestar a medicação prescrita ao paciente, o que tanto poderá decorrer da ineficiência da gestão – o medicamento está incluído nas listas do SUS, mas, por algum motivo, não é dispensado, ou não o é no prazo adequado – ou da ausência de previsão legal, caso que, em tese, o gestor não teria a obrigatoriedade de fornecê-lo;

2) A solução administrativa é sempre a mais indicada, pois evita gastos com a utilização da via judicial;

3) Igualmente, para fins de efetividade das atividades e das políticas públicas voltadas para saúde, como também para os casos de ausência de previsão legal, é importante incentivar a construção conjunta de critérios para o atendimento inicial e para eventual judicialização, contribuindo para equidade no atendimento;

4) A criação das Câmaras Técnicas (CT) ou Núcleos de Apoio Técnico (NAT) tem papel importante na resolução do conflito, pois esses órgãos têm por objetivo principal auxiliar o magistrado no momento de analisar pedidos liminares ou de antecipação de tutela, informando se a postulação é adequada ou não para o tratamento da patologia apontada pelo requerente.

Assim como no Rio Grande do Sul, verificamos que o Distrito Federal e o Estado do Rio de Janeiro são outras unidades da Federação com atuações avançadas no setor da dispensação de fármacos à população carente, apesar de nenhuma delas superar o trabalho contínuo que vem sendo desenvolvido no Rio Grande do Sul, pelo menos do ponto de vista de divulgação das medidas adotadas e de uma clara preocupação em não permitir que o Judiciário atue na contramão da redução de desigualdade, que deve guiar também as políticas de saúde.

5 Considerações finais: contribuições para uma parametrização para o *substantive due process of law* da questão das demandas por medicamentos

Sem sombra de dúvidas, as boas práticas relatadas no capítulo pretérito em muito contribuiriam para uma organização melhor da prestação jurisdicional goiana sobre o tema dispensação de medicamentos, já que podemos afirmar, com significativo grau de certeza, que o tratamento conferido ao assunto pelo Estado de Goiás, até 2016, seja em sua esfera Executiva, seja na Judicial, não está sendo eficaz do modo como poderia.

Essa circunstância sugere a relevância da busca por construção de uma parametrização dos procedimentos adotados para a tomada de decisão nessa seara (um *substantive due process*), sob pena de se atingir uma situação de contrassenso da atuação judicial com as políticas públicas existentes e de que apenas àqueles que têm condições de se socorrer perante o Judiciário tenham a possibilidade de alcançar suas pretensões.

Como detalhado anteriormente, esse assunto, via de regra, é daqueles que sempre coloca o magistrado frente à tormentosa questão de decidir entre a saúde/vida de uma pessoa, com todo o seu sofrimento relatado nos autos, e o respeito aos critérios predefinidos de uma política pública. Uma coisa é quando a Administração, arbitrariamente, nega o medicamento por erro e contrariedade à própria política pública estabelecida; outra diz respeito à negativa por coerência com os critérios igualitários definidos na política pública.

Em muitas ocasiões esquece-se que atrás do ente público demandado está a saúde/vida de tantos outros, ou seja, de toda a comunidade representada pelo ente público acionado, que poderá ser prejudicada com a destinação para uma única pessoa, que necessita de medicamento de alto custo, de verba pública que poderia ser direcionada à aquisição de medicamentos básicos para o abastecimento de toda uma região, por exemplo.

Do mesmo modo, muitas vezes nos olvidamos que o modo como o dinheiro público deve ser gasto depende das políticas públicas prioritárias, elaboradas e executadas por aqueles que elegemos para compor nosso Parlamento e Executivo, que fazem escolhas capazes de obrigar e que devem ser respeitadas também pelo Judiciário, salvo quando inconstitucionais. Ainda assim, é preciso saber fazer o controle de constitucionalidade, para que não se queira chamar de inconstitucional tudo aquilo que contraria nossa visão pessoal acerca do que seja justo e de como as coisas deveriam ser.

É exatamente esse ponto que este trabalho se propôs a abordar, traçando ou ao menos pontilhando um caminho capaz de garantir uma maior efetividade ao direito das pessoas hipossuficientes aos medicamentos que lhes forem prescritos, com a mínima interferência judicial, nunca deixando de lado a máxima de que investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros.

Vimos que quando o Poder Judiciário é acionado, quase sempre prevalece a pretensão do solicitante, sendo a principal justificativa adotada pelos julgadores o posicionamento unânime de que a saúde é um direito de todos, relacionado ao bem maior vida, a ser prestado solidariamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Porém, é possível estabelecer uma parametrização mais eficiente em termos de resposta adequada à Constituição, nessa questão, visando não cair em um argumento que, de tão geral e genérico, pode fundamentar quase qualquer decisão nessa seara.

Os artigos da Constituição sobre o tema estabelecem ser dever do “Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle” da promoção do direito à saúde, e que as ações e serviços públicos de saúde “integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, organizados com base na “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”, “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” e na “participação da comunidade”.

Especificamente sobre o direito à assistência farmacêutica, temos como principais referências normativas os artigos 200, inciso I, da Constituição Federal; 6º, inciso I, alínea d, da Lei nº 8.080/1990; Lei nº 12.401/2011, que introduziu os já transcritos artigos 19-M a 19-U

à Lei do SUS; Decreto nº 7.508/2011, que estruturou o SUS; Portaria nº 3.916/1998, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos; Resolução nº 338/2004, que aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica; e, por fim, a Portaria nº 204/2007, que estabeleceu os Blocos de Financiamento do SUS, entre os quais aquele destinado à Assistência Farmacêutica, integrado pelos Componentes Básico, Estratégico e Especializado.

Assim, não havendo responsabilidade solidária, mas, sim, subsidiária entre os entes federados quanto à obrigação no fornecimento de medicação aos necessitados e tendo a lei infraconstitucional fixado a competência de cada um deles, permitida sua modificação mediante consórcios, não há razão para deixar de se observar as regras de cunho administrativo sobre a matéria, o que em muito contribuirá para uma maior organização e eficiência dessa atividade.

Vale mencionar que o Recurso Extraordinário 855.178, julgado pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime de repercussão geral, que reafirmou a jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados, ainda não transitou em julgado, estando pendente de julgamento embargos de declaração opostos pela União, em que se alega justamente a falta de conclusão no *leading case* STA 175-AgR sobre a responsabilidade solidária dos entes federados quanto ao fornecimento de medicamentos.

Esta, portanto, é uma importante diretriz a quem necessitar percorrer o árduo caminho pela busca de medicamento: sempre que possível, a demanda deverá ser ajuizada contra o responsável por sua aquisição, de acordo com as normas previstas na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), de competência do Ministério da Saúde, e nas Relações Estaduais (RESME) e Municipais (REMUNE), caso existentes.

Propriamente sobre a atividade judicante, entendemos que os magistrados, diante da petição inicial de ação proposta com esse desiderato, deverão se ater às seguintes recomendações, algumas extraídas de julgados da Corte Suprema, outras das ações do Conselho Nacional de Justiça, e, por fim, outras dos modelos adotados nos Estados do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, referências no assunto:

1) Verificar a existência de prévio requerimento administrativo, evitando-se, assim, a judicialização desnecessária;

2) Constatar a hipossuficiência do postulante, o que deve ser feito com base no valor do fármaco almejado e não apenas com relação à sua situação financeira. Por isso, é importante que a inicial esteja instruída com documentos probatórios dessa situação, tais como comprovante de renda e de gastos e orçamentos do medicamento pleiteado. A circunstância de o direito à saúde ter de ser prestado pelo Estado, sem que tenham sido dispensadas dessa mesma

obrigação as pessoas, as famílias, as empresas e a sociedade, tal como previsto no artigo 2º, §2º, da Lei nº 8.080/1990, corrobora esse posicionamento;

3) Verificar se a petição inicial encontra-se instruída com o relatório médico, indicando as normas farmacológicas e estabelecendo o diagnóstico da doença segundo a Classificação Internacional da Doença;

4) Antes de se analisar o pleito liminar, caso existente, e não tendo a ação sido proposta pelo Ministério Público Estadual na condição de substituto processual, situação em que a exordial terá vindo acompanhada de parecer conclusivo da Câmara de Avaliação Técnica de Saúde – CATS, o julgador deverá encaminhar os autos à Câmara de Saúde do Judiciário, para a obtenção de subsídios técnicos para decidir (isso, não como uma faculdade do juízo, mas como uma obrigação para com o *devido processo*);

5) Sempre que possível, deverá ser previamente ouvido o gestor do Sistema Único de Saúde do ente acionado, com o objetivo de identificar a existência de alternativas terapêuticas ao caso sub judice;

6) Vislumbrar se o medicamento postulado está inserido em uma das listas do SUS, o que a princípio demonstrará que o insucesso do requerimento na via administrativa provavelmente adveio de falha de gestão, hipótese que afastaria por completo a tese de ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, normalmente invocada pelo Estado em defesa;

7) Constatar a eficaz demonstração da imprescindibilidade do medicamento novo e da impossibilidade de sua substituição por fármaco incorporado pelo SUS, caso a ser discutido na via ordinária, em face da necessária e ampla dilação probatória;

8) Atestar se o medicamento prescrito está registrado na Agência de Vigilância Sanitária, pois incumbe ao Estado, de um modo geral, zelar pela saúde da população;

9) Optar por medicamento genérico ou similar, sempre que não houver estudo consistente da ineficiência deste e que a diferença de custo entre um e outro justificar a opção;

10) Designar, quando possível, audiência para a oitiva do médico quando houver dúvida sobre a eficácia, eficiência, segurança e o custo efetivo da prescrição;

11) Observar a vedação ao fornecimento de medicamento em fase experimental;

12) Certificar sobre a possibilidade de universalização igualitária entre potenciais usuários do medicamento, sob pena de ofensa ao comando do artigo 194 da Constituição Federal;

13) Aceitar a tese da reserva do possível quando efetivamente comprovada a indisponibilidade financeira do ente público para o custeio do medicamento e quando não ficar

demonstrado que a ausência do medicamento produzirá grave risco à saúde do solicitante (notadamente nos casos de alternativas ao medicamento na lista de remédios disponíveis) e

14) Priorizar as ações preventivas e as que forem indispensáveis à vida do solicitante (a alteração dos critérios preestabelecidos na política pública deve ser justificada por uma demonstração cabal do risco à vida ou de dano importante à vida do paciente, não bastando meras alegações).

Vale mencionar que muitos desses parâmetros poderão vir a ser oficialmente estabelecidos com o julgamento dos Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718, que têm como objeto o fornecimento de medicamentos de alto custo e os que não possuem registro na ANVISA.

Referências Bibliográficas

- ASENSI, F. **Sistema único de saúde: Lei 8.080/1990 e legislação correlata**. Brasília: Alumnus, 2015.
- ÁVILA, H. B. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BADIN, A. S. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **CONJUR**, 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.
- BARROSO, L. R. **Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. In: Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 159-176 p.
- BERNARDES, J. T.; FERREIRA, O. A. V. A. **Direito constitucional: teoria da constituição**. 6ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAVALHEIRO, A. F.; JÚNIOR, J. A. D. O. Publica Direito. **CONPEDI**, 2012. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1d38dd921e155207>. Acesso em: 07 Setembro 2017.
- DIAS, J. C. **O controle judicial de políticas públicas**. 4ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FIGUEIREDO, M. F. **Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal de 1988; Lei nº 8.080/90; Lei nº 8.142/90; Decreto nº 7.508/2011 e Lei Complementar nº 141/2012**. 4ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- FLEURY, S. **Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesse entre os usuários e as operadoras de planos de saúde**. Leme: J. H. Mizuno, 2016.
- GOIÁS. **Termo de cooperação técnica 001/02014/MPGP/CAOSAÚDE**. Goiânia: [s.n.], 2014.
- GOMES, J. A. **Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesse entre os usuários e as operadoras de planos de saúde**. Leme: J. H. Mizuno, 2016. 25-70 p.
- GOMES, L. S.; MONTEIRO, P. M. Publica Direito. **CONPEDI**, 2012. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b06f50d1f89bd8b2>. Acesso em: 07 Setembro 2017.

- JFRS. Ação de planejamento e de gestão sistêmicos com foco na saúde. Otimização da rede de fornecimento de medicamentos. **JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**, 2015. Disponível em: <http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/Acao_de_Planejamento_e_de_Gestao_Sistemicos_com_Foco_na_Saude.PDF>. Acesso em: 22 Setembro 2017.
- JÚNIOR, N. N. **Princípios do processo na constituição federal**. 12^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LIMA, R. S. D. F. **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 237-253 p.
- MAGALHÃES, B. B.; FERREIRA, V. R. STF e os parâmetros para a judicialização da saúde. **JOTA**, 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.
- MELLO, C. A. B. D. **Eficácia das normas constitucionais e direiros sociais**. 1^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDES, G. F.; CARNEIRO, R. A. **Gestão pública e direito municipal: tendências e desafios**. São Paulo: Saraiva, 2016. 387-406 e 476-486 p.
- MOREIRA, P. D. S. Entre princípios e políticas (policies): breve análise sobre a aplicação do direito à saúde à luz das ideias de Ronald Dworkin. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ff385c6e75c56b7>>. Acesso em: 07 Setembro 2017.
- NETO, E. R. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.
- NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 9^a. ed. São Paulo: Método, 2014.
- NUNES, R. **Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 11^a. ed. São Paulo: Atual, 2015.
- OHLAND, L. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. **Direito & Justiça**, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8857/6313>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.
- OLSEN, A. P. Eficácia dos direitos fundamentais sociais frente a reserva do possível. **DSPACE**, 2017. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/>>. Acesso em: 12 Abril 2017.
- PORTELA, P. H. G. **Direito internacional público e privado: Incluindo noções de direiros humanos e de direito comunitário**. 9^a. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 833-863 p.
- PUPION, R. **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 311-324 p.
- RAMOS, E. D. S. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito, 2007.
- SANTOS, S. C. D.; CARVALHO, M. A. F. **Mundo acadêmico e construção do conhecimento: normas e técnicas**. 3^a. ed. Goiânia: Kelps, 2016.
- SCHULZE, C. J. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. **Revista da Doutrina**, 2014. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Clenio_Schulze.html>. Acesso em: 15 Setembro 2017.
- SCHULZE, C. J. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO STF EM 2017. **Empório do Direito**, 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/stf-fixa-novos-parametros-para-a-judicializacao-da-saude>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.
- SCHULZE, C. J. A judiação da saúde no STF em 2017. **Empório do Direito**, 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-judicializacao-da-saude-no-stf-em-2017>>. Acesso em: 22 Setembro 2017.